

# 確定裁判を経た罪とその前後に行われた 罪との罪数関係について

東京地方裁判所平成22年 1月28日  
刑事第5部判決を素材にして

本 田 稔\*

## 目 次

- 一 問題の所在
- 二 東京地方裁判所平成22年 1月28日刑事第5部判決の事案と内容
- 三 本判決の検討
- 四 今後の課題

## 一 問題の所在

刑法45条は、「確定裁判を経していない2個以上の罪を併合罪とする。ある罪について禁錮以上の刑に処する確定裁判があったときは、その罪と裁判が確定する前に犯した罪とに限り、併合罪とする」と定めている。行為者が、独立した数個の行為によって数個の犯罪を行い、それらが確定裁判を経していない場合、それぞれを別々の刑事手続において審判することもできるが、一括して取り扱うことが刑罰目的に適っている場合には、それらをまとめて同時に審判することが望ましい。このように確定裁判を経していない数個の犯罪を併合罪といい、同一の刑事手続において一括して審理される。また、数個の犯罪のうち、ある1つの犯罪について禁錮以上の刑の確定裁判を経ている場合には、その前に行われていた犯罪と確定裁判に係

---

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

る犯罪とに限って併合罪として扱われる。一般に、前者の併合罪を刑法45条前段の併合罪（いわゆる同時的併合罪）と称し、後者の併合罪を刑法45条後段の併合罪（いわゆる事後的併合罪）と称している。それらを分かり易く説明すると次の通りになる。例えば、ある行為者が、A罪 B罪 C罪 D罪 E罪の順で5つの犯罪を行った場合、これらの犯罪を併合罪として処断することができるが、D罪が行われる前にC罪につき裁判が確定している場合には、C罪について一事不再理の効力が生ずるため、それを他の4つの犯罪と一括して併合罪として処断することはできない。ただし、C罪の確定裁判の既判力は他の犯罪には及ばないので、A罪・B罪・D罪・E罪を裁判にかけの必要性は依然として残っている。このような場合、C罪に係る確定裁判を境にして、まだ裁判を経ていないA罪・B罪の犯罪群とD罪・E罪の犯罪群を区分して、確定裁判前に行われたA罪・B罪の犯罪群とC罪とが併合罪（事後的併合罪）の関係に立ち、A罪・B罪について更に処断することになる（刑法50条）。その場合、A罪とB罪は同時的併合罪の関係に立つ。そして、D罪・E罪の犯罪群は確定裁判の後に行われているので、A罪・B罪・C罪と併合罪の関係に立たず、別の裁判にかけられることになる。その場合、D罪とE罪もまた同時的併合罪の関係に立つ。ただし、別の裁判にかけられるとはいっても、A罪・B罪とD罪・E罪はそれぞれ別に刑が科されることを意味するだけであって、分離して異なる裁判所で審判に付す必要はなく、1つの裁判の1個の判決のなかで、A罪・B罪とD罪・E罪のそれぞれの併合罪について主文を2個にすることで足りる。

それでは、行為者がA・B・C・D・Eの5個の行為を行い、A罪・B罪・C罪・D罪・E罪の5個の犯罪が成立し、その間にC罪の裁判が確定した上記のような場合において、その確定裁判を境にして、C罪とその前に行われたA罪・B罪とが事後的併合罪として扱われるにもかかわらず、その後に行われたD罪・E罪との間に併合罪の関係が認められないのは何故か。例えば、行為者がA罪・B罪・C罪の3つの犯罪を行い、それらが

併合罪として1つの裁判にかけられて執行猶予付きの有罪判決が確定し、その後、執行猶予中にD罪・E罪を行った場合、D罪・E罪はA罪・B罪・C罪と一括して裁判にかけることができなかったのであるから、D罪・E罪の2罪を改めて裁判にかけて責任を問うのは当然であるし、またA罪・B罪・C罪の併合罪とは異なった扱いをすることも訴訟法的に必要であろう。しかし、A罪・B罪・C罪が併合罪として同時に審判され、その裁判が確定している場合にはそのように論ずることができても、C罪の裁判しか確定しておらず、A罪・B罪がまだ刑事手続に付されていない場合においても、それらとD罪・E罪との間に併合罪の関係が認められない理由は明らかではない。C罪について確定裁判を経ている場合には、行為者にはそれ以前よりも法適合的な行動を行うことが期待されるので、確定裁判を境にして、法適合的に行動すべき行為者人格の一連性を遮断し、それ以前の人格の現実化としてのA罪・B罪の犯罪群とそれ以降の新たな人格の現実化としてのD罪・E罪の犯罪群を区別することによって、両群の間に併合罪の関係が成立しないと考えることもできよう。また、確定裁判の後に行われた行為の犯情の重さ、それを行った行為者に対する責任非難の重大性を理由にして、A罪・B罪の犯罪群とD罪・E罪の犯罪群を区別して扱うこともできるかもしれない。

しかしながら、A罪・B罪とD罪・E罪が全く無関係な犯罪ではなく、継続犯のような場合、C罪につき確定裁判が経ていることを理由に、A罪・B罪とD罪・E罪を区別することができるであろうか。さらに、牽連犯、集合罪、包括一罪あるいは混合的包括一罪のように本来的には数個の行為が行われ、数個の犯罪が成立していながら、1個の犯罪として取り扱われるような場合にも、C罪の確定裁判が経ていることを理由に、A罪・B罪とD罪・E罪を区別できるかは明らかではない。しかも、本稿で検討の対象とする事案のような場合、すなわちA罪・B罪が行われた事実が明らかであっても、その両方またはそのいずれかの罪の行われた時期がC罪の確定裁判の前であったことが明らかでない場合、どのように取り扱われ

るかについて、45条は明確な基準を設けてはいない。小論ではこのような問題に関して、東京地方裁判所平成22年1月28日刑事第5部判決を素材にして若干の考察を加えることにしたい。

## 二 東京地方裁判所平成22年1月28日 刑事第5部判決の事案と内容

東京地方裁判所平成22年1月28日刑事第5部判決によれば、本件の事案に関して認定された事実と判断内容はおよ次の通りである<sup>1)</sup>。

### 1 主 文

被告人Xを懲役2年4月に処する。  
未決勾留日数中40日をその刑に算入する。  
東京地方検察庁で保管中の覚せい剤10袋を没収する。

### 2 罪となるべき事実

第1 被告人Xは法定の除外事由がないのに、平成21年9月上旬から27日までの間、東京都内、神奈川県内又はその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパミンの塩類若干量を自己の身体に摂取し、覚せい剤を使用した。

第2 被告人Xは、みだりに、同月27日、東京都a区のZ医療センター玄関付近において、覚せい剤である塩酸フェニルメチルアミノプロパミンの結晶約4.726グラムを所持した。

### 3 裁判所の判断

判示の覚せい剤使用に関する公訴事実は、判示認定と同じ事実関係に基づくものであるところ、弁護人は、その起訴について、公訴事実の覚せい剤を使用した時期及び場所が漠然としており、訴因として特

定されていないから、刑訴法256条3項に違反し、違法、無効である旨主張する。

しかしながら、関係各証拠に照らして、上記公訴事実は、検察官において起訴当時の証拠に基づいてできる限り特定したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである（最高裁昭和55年（あ）第1593号同56年4月25日第1小法廷決定・刑集35巻3号116頁参照）。

被告人Xは、公判において、判示第2について、覚せい剤を所持していたが、それは、覚せい剤とは知らずに外国人から預かった物を所持していたにすぎないのであり、判示第1について、その時期に覚せい剤を使用したことはなかった旨供述しており、弁護士は、それを受けて、判示各事実についてXは無罪である旨主張する。

そこで検討すると、次のとおり、Xが判示各事実を行ったことを認定することができる。

1) 証人Yは、公判において、Z医療センターに入院していたところ、Xが、平成21年9月27日、見舞いに訪ねて来るのに先立って、b町で覚せい剤5グラムを購入してから来る旨電話で連絡してきた上、Xが、覚せい剤取締法違反の罪で執行猶予付の懲役刑に処せられながら、その後も覚せい剤を使用しているような形跡があったことから、対応に苦慮して、Xの実母に連絡したところ、警察に通報するよう求められたため、それに従い、その後、Xが病室に入ってきて、白い紙袋をはかりで量っていたので、それが覚せい剤であろうと思った旨供述している。

これに対して、Xは、公判において、Yの公判供述を否定した上、b町で外国人から渡された物を預かったが、その中に覚せい剤が入っているという認識はまったくなく、Yを見舞ったときYから進められて飲んだ缶コーヒーに覚せい剤が混入されていたか、女性と交際しているとき知らずに覚せい剤を身体に摂取した可能性がある

旨供述している。

- 2) そこで検討すると、次の事情に照らして、Yの公判供述が信用できるのに対して、Xの公判供述は信用することができない。

ア Yは、Xが覚せい剤取締法違反の罪により執行猶予付の懲役刑に処せられた後は、心配しながらXの動静を見守っており、Xの実母から求められなければ、警察に通報することはなく、Xに不利な事実を供述するにはためらいがあったが、警察に通報した以上、逃げることはできないと思って、公判に臨んだ旨供述した上、自ら進んでXに対して寛大な処罰をしてもらいたい旨の要望を出している。このようなYの公判供述に照らすと、YがXに不利な虚偽の供述をする可能性はなく、Yの公判供述の信用性は高いというべきである。

イ Xの所持していたビニール袋の中から覚せい剤が発見されたが、そのビニール袋の中には、計量器、注射器20本のほか、チャック付きビニール袋に入った使用済みの注射器2本と未使用の注射器1本が入っていた。Xは、覚せい剤、計量器及び注射器20本は外国人から預かったものであるが、チャック付きビニール袋に入った使用済みの注射器2本と未使用の注射器1本は自分の物であり、警察官から令状に基づいて捜索を受ける前に、チャック付きビニール袋に入れられた自分の注射器を覚せい剤の発見されたビニール袋に混入させた旨供述している。

しかしながら、外国人がそれなりの価格のする覚せい剤を格別の理由もなくXに預けたというのは直ちに信用できるものではなく、また警察官がXに所持品検査に応ずるよう求めたとき、Xが隙を見て自分の注射器を所持していたビニール袋に混入させたというのも不自然であるといわざるをえない。むしろ、覚せい剤の発見されたビニール袋から、X自身が自分の物と認めざるをえない注射器が発見されていることは、Xが覚せい剤を購入するよう

確定裁判を経た罪とその前後に行われた罪との罪数関係について（本田）

な言動をしていた旨のYの公判供述に符合しているというべきである。

- 3) 以上からすると、入院中のYを見舞ったときのXの言動に加え、Xの所持していたビニール袋の在中品から発見された覚せい剤はX自身が購入した物と認定することができる。

さらに、Xの尿中から覚せい剤成分が検出されているが、X自身が覚せい剤を購入しているにもかかわらず、そのことを否定していることに照らし合わせると、Xの尿中から覚せい剤成分が検出されているのは、Xが自らの意思で覚せい剤を使用した結果と認めることができる。

#### 4 法令の適用

判示第1の所為	覚せい剤取締法41条の3第1項1号、19条
判示第2の所為	覚せい剤取締法41条の2第1項
併合罪の処理	刑法45条前段、47条本文、10条
未決勾留日数の算入	刑法21条
没収	覚せい剤取締法41条の8第1項本文
訴訟費用の処理	刑訴法181条1項ただし書

なお、Xは、平成21年9月10日東京地方裁判所で覚せい剤取締法違反の罪により懲役2年（4年間執行猶予）に処せられ、その裁判が同月25日確定したことが認められるところ、判示認定のXによる覚せい剤使用の事実が、前記裁判の確定前に行われたか、その後に行われたかは明らかではない。検察官は、Xに有利に、前記裁判の確定前に覚せい剤を使用したことを前提にすべきである旨主張するが、判示の覚せい剤を使用した時期は少なくとも前記裁判に関する事実についてXに対する捜査が開始された後であることは明らかであるから、前記裁判の確定前に覚せい剤を使用した場合とその後覚せい剤を使用した場合を比較して、犯情に大きな相違はないというべきであり、むしろ、判示第1と判示第2についてそれぞれ別個

に懲役刑に処せられるXの不利益の方が大きいというべきである。そうすると、明確な根拠に基づかないでXに不利益を強いることはできないから、判示第1の罪は、前記確定裁判のあった覚せい剤取締法違反の罪と併合罪の関係にはないものとするべきである。

## 5 量刑の事情

被告人Xは、平成21年9月10日覚せい剤取締法違反の罪により懲役2年に処せられ、4年間その刑の執行を猶予されたにもかかわらず、その判決の前後に判示第1の覚せい剤使用を行い、その執行猶予期間中に判示第2の覚せい剤所持を行っている上、判示第2においてXが所持していた覚せい剤の量は決して軽視できるものではなく、Xは、各件犯行について、理由のない弁解を繰り返し、判示第1の覚せい剤使用については、Xの将来を案じている知人に責任を転嫁するような供述をしている。そうすると、Xの刑事責任は重いというほかないが、他方において、Xには、実母らその更正を支援できる人物の存在をうかがうことができるなど、Xに有利な事情もある。

そこで、これらの事情を考慮して、Xを主文の刑に処することとした。

## 三 本判決の検討

東京地方裁判所平成22年1月28日刑事第5部判決の内容は以上の通りである。その争点を改めて整理すると次のようになる。

第1には、被告人Xは、法定の除外事由がないのに、平成21年9月上旬から27日までの間に覚せい剤を自己の身体に摂取し、使用したか否か。そして、Xは、みだりに、同月27日、Z医療センター玄関付近において、覚せい剤を所持したか否か。

第2には、平成21年9月25日の確定裁判を経た覚せい剤取締法違反の罪と犯行の時期が同月上旬から27日までの間と認定された覚せい剤使用の罪

は、罪数論上どのような関係に立つか。それは刑法45条後段のいわゆる「事後的併合罪」の関係であるか。

さらに、本件では直接的に争われなかった論点として、次の2つの問題があると思われる。すなわち、

Xの覚せい剤使用と覚せい剤所持の2つの罪は、罪数上どのような関係に立つか。

そして、覚せい剤の使用とその所持の2つの罪が併合罪ではなく、包括一罪の関係に立つと仮定したうえで、検察官が主張したように覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われ、覚せい剤の所持がその後に行われたと想定して、この包括一罪を確定裁判を境にして分割し、覚せい剤使用の罪が確定裁判に係る罪と併合罪（事後的併合罪）の関係にあると解することができるか。分割できない場合、この包括一罪と確定裁判に係る罪は罪数上どのような関係に立つか。

以下において、これら4つの問題を検討していくことにする。

#### (1) 覚せい剤の使用の罪と所持の罪の事実の存否

まず、覚せい剤の所持の事実関係に関しては、本判決が判示しているように、Xが平成21年9月27日にZ医療センター玄関付近で4.726グラムの覚せい剤をビニール袋に入れて所持しているところを、Yから通報を受けた警察官が捜索を行い、所持していた覚せい剤を押収している。Xによれば、そのビニール袋は外国人から預かった物であって、その中に覚せい剤が入っていることは知らなかったと、覚せい剤所持の認識を否認しているが、ビニール袋にはXの注射器も入っており、それがビニール袋に入っていたのは、Xが警察官から捜索を受ける前に混入させたものであるというが、それは不自然であり、すでにそれ以前からXが入れていたものと認定することができる。そうすると、Xが覚せい剤の入ったビニール袋の中に自分の注射器を入れるためには、それを開けなければならないのであるから、その中に覚せい剤が入っていたと認識していたことが推認できる。

従って、Xには覚せい剤所持の事実について認識があったということができ、ゆえに覚せい剤所持の罪が成立することについて疑いをいれる合理的な理由があるとはいえない。

また、Xが覚せい剤所持の嫌疑で捜索を受け、覚せい剤を押収された後に、尿検査を受け、その結果、尿中から覚せい剤の成分が検出されたため、覚せい剤使用が疑われたのであるが、その使用時期については、Yを見舞うためにZ医療センターに行く直前に5グラムの覚せい剤を購入し、そのうち0.274グラムを自分で使用したのか、それともそれ以前にすでに使用していたのかは明らかではない。つまり、覚せい剤使用の事実は明らかであっても、その使用の時期と場所、使用量とその方法に関する事実関係は明らかではない。ただし、Xの尿中から覚せい剤の成分が検出されているため、覚せい剤の使用それ自体については疑いをいれることはできない。この場合、覚せい剤使用の事実について、訴因として漠然としか特定されていない問題は残るもの<sup>2)</sup>、Xが覚せい剤を使用した事実それ自体は判決において判示されている通りであると思われる。

## (2) 確定裁判を経た罪と時期が特定されていない覚せい剤使用の罪との罪数関係

では、平成21年9月25日の確定裁判に係る罪と本件の犯行の時期が同月上旬から27日までの間と認定された覚せい剤使用の罪とは、罪数上どのような関係に立つのか。刑法45条後段の併合罪(事後的併合罪)の関係に立つのか。判決によれば、「検察官は、被告人に有利に、前記裁判の確定前に覚せい剤を使用したことを前提にすべきである」と主張し、Xの覚せい剤使用が確定裁判の前に行われたことを前提にすることが「被告人に有利」になると解しているようであるが、覚せい剤使用の事実が明らかであっても、その時期が特定されていない以上、その罪の時期の認定に関して「疑わしきは被告人に利益に」の原則を踏まえるのが、検察官の主張するように刑事訴訟の鉄則であることはいうまでもない。

それでは、覚せい剤の使用時期を確定裁判の前後のいずれであると認定するのが「被告人に有利」な取り扱いになるのか。覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われていたと認定するならば、その罪と確定裁判に係る罪とは事後的併合罪の関係に立ち、覚せい剤使用の罪については更に処断され、覚せい剤の所持はそれとは別に処罰され、1つの判決文において覚せい剤使用の罪と覚せい剤所持の罪につき2個の主文が書かれることになる。これに対して、覚せい剤の使用が確定裁判の後に行われていたと認定するならば、その罪は確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係には立たず、覚せい剤の所持との間で同時的併合罪の関係に立ち、刑法47条を適用して加重処罰され、1つの判決分において1個の主文が書かれることになる。従って、「被告人に有利」な取り扱いになるか否かは、覚せい剤使用と所持を分離して別個に処罰した方が量刑上被告人に有利になるのか、それともそれらを併合罪として加重処罰した方が被告人に有利になるのかのいずれかによって決まる。

検察官は、Xの覚せい剤の使用と確定裁判に係る罪が事後的併合罪の関係に立つとした方が「被告人に有利に」なると解して、「前記裁判の確定前に覚せい剤を使用したことを前提にすべきである」と主張したが、何故そのように認定した方が被告人に有利になるのかについて根拠は明らかではない。行為者がある犯罪を行い、確定裁判を経ている場合、行為者は確定裁判の感銘力によって以前よりも法適合的な行動を行うことが期待され、また法適合的に行動できると考えられるが<sup>3)</sup>、そのような考えを前提にするならば、Xが覚せい剤取締法違反の罪について確定裁判を経た後も、なお覚せい剤を使用し、所持しているような場合には、その行為に対する法的非難はいっそう重大なものとなり、また量刑の判断も重くなることが予想される。検察官は、このように確定裁判の被告人に対する感銘力に着目して、覚せい剤使用に関する責任非難と量刑判断について、それを覚せい剤所持と合わせて同時的併合罪として処断する場合よりもXに有利になるようにするために、Xの覚せい剤の使用時期を確定裁判の前とすべきで

あると考えたのではないかと思われる。これに対して、本判決も被告人の利益を考慮に入れて覚せい剤使用の時期を判断した点では検察官と同じであるが、その内容は検察官の主張とは異なる。すなわち、Xが覚せい剤を使用した時期は確定裁判の前後のいずれであるかは特定できないとしても、少なくとも平成21年9月上旬であり、それが確定裁判に関する覚せい剤取締法違反の事実についてXに対する捜査が開始された後であることは明らかであるから、「裁判の確定前に覚せい剤を使用した場合とその後で使用した場合を比較して、その犯情に大きな相違はないというべきであり」、むしろ覚せい剤使用とその所持をそれぞれ別個に処罰した場合の方が、被告人の不利益が大きく、「そうすると、明確な根拠に基づかないで被告人に不利益を強いることはできない」と論じて、覚せい剤の使用時期は確定裁判の後にすべきであると認定したのである。

このように食い違う検察官の主張と本判決の認定をどのように評価すべきか。検察官は、Xが確定裁判の感銘力を受ける前に覚せい剤を使用していたと認定した方がその責任非難と量刑判断の点においてXに有利であると判断したのであるが、そうすると覚せい剤の使用は確定裁判に係る罪とは事後的併合罪の関係に立ち、刑法50条に基づいて処断されることになる。一般に、確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つ罪を処断する場合、それを確定裁判に係る罪と同時的併合罪として審判した場合と比べて不利益にならないよう考慮しなければならず、その量刑判断はいわば追加刑の趣旨で理解されている<sup>4)</sup>。検察官の主張が妥当であるためには、覚せい剤の使用に対して追加刑として言い渡された刑期とそれとは別に覚せい剤の所持に対して言い渡された刑期の合計が、両罪を併合罪として扱って、刑法47条に基づいて加重処罰した場合の刑期よりも軽く、ゆえに被告人に有利になることが論証されなければならない。これに対して、本判決は覚せい剤使用の「犯情」は確定裁判の前後で大きな相違はなく、「それぞれ別個に懲役刑に処せられる被告人の不利益の方が大きい」と論じて、覚せい剤の使用時期は確定裁判の後であると認定したのであるが、このように解

すると、覚せい剤の使用はその所持と併合罪の関係に立ち、刑法47条が適用されて加重処罰されることになる。この判決が妥当であるためには、覚せい剤の使用と所持を併合罪として扱い、刑法47条に基づいて判断された刑期が、覚せい剤使用に対して追加刑として言い渡された刑期とそれとは別に覚せい剤所持に対して言い渡された刑期の合計よりも軽く、ゆえに被告人に有利になることが論証されなければならない。いずれの主張が妥当であるか。

確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つ罪を更に処断する場合、量刑に配慮して、軽めの判断がなされるとしても、法定刑の下限を下回る判断はできず、また量刑相場より著しく軽く判断することにも限界があるため、追加刑として言い渡された覚せい剤の使用の刑期とそれとは別に言い渡された覚せい剤の所持の刑期の合計は、2つの罪を併合罪として審判した場合の刑期よりも重くなるのが一般的な傾向ではないだろうか。このような量刑の一般的な傾向が本件事案に対しても妥当するならば、本判決のように認定した方が、被告人に有利になるように思われる。ただし、それは覚せい剤の使用と所持が併合罪の関係に立つということを前提とした場合の評価であって、それが包括一罪の関係に立つといえる場合には別の評価もありうるように思われる。

### (3) 覚せい剤使用と覚せい剤所持の罪数関係

以上が、本件事案と判決の内容であるが、先に指摘したように、裁判では直接争点とはならなかった2つの問題があると思われるので、それについて考察する。

まず、Xの覚せい剤の使用と覚せい剤の所持の2つの罪が罪数上いかなる関係に立つかという問題である。本件事案に関して検察官は、覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われことを前提とし、それが確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つと認定している。これに対して裁判所は、覚せい剤の使用が確定裁判の後に行われたものであり、それが覚せい剤の

所持と同時的併合罪の係に立つと認定している。いずれの判断も、Xが覚せい剤使用罪の構成要件該当行為とその所持罪の構成要件該当行為をそれぞれ1個ずつ行い、犯罪を2個行ったという事実認定に基づいて、確定裁判を境にして、それに係る罪と事後的併合罪の係に立つのか、それともそれとは無係に同時的併合罪の係に立つのかを問題にしているのである。

そもそも、併合罪とは何か。数個の行為が行われ、数個の異なる法益が侵害されたために、数個の犯罪が成立している場合、ある犯罪について裁判が確定しても、その判決の既判力は他の行為には及ばないため、個々の犯罪はそれぞれ1回ずつ、合計で数回の処罰がなされる。これを単純数罪という。これに対して、行われたのは1個の行為であるにもかかわらず、数個の法益が侵害され、数個の犯罪が成立している観念的競合、また数個の行為によって数個の法益が侵害され、数個の犯罪が成立しているが、それらが手段と目的の係に立っている牽連犯のような場合は、そのうちの重い罪の刑で処断され(刑法54条)、その判決の既判力は他の犯罪に及ぶため、1回の処罰しか許されない。さらに、数個の行為が行われ、法益が数回侵害されていても、刑罰法規において数個の行為の反復が予定されているような集合犯(常習犯・職業犯・営業犯)の場合、全体として1個の犯罪しか成立せず、1回の処罰しかできない。それは包括一罪の場合にもあてはまる。包括一罪とは、数個の行為が行われ、数個の犯罪が成立しているが、それらが同一罪名にあたるか、また同一法益を侵害している場合には、それぞれの行為の間にある時間的・場所的な近接性、機会の同一性、方法の類似性などの密接な係を考慮に入れて1回の処罰に限るのが妥当であると解される場合である。この包括一罪についても、集合犯の場合と同じように1回の処罰しかできない。それゆえに、数個の行為が行われ、数個の犯罪が成立している単純数罪にはこのような「処罰の1回性」の原則が適用されず、数回の処罰がなされることになる。ただし、数個の犯罪が確定裁判を経ていない場合には併合罪(同時的併合罪)として1回の加

重処罰がなされ、確定裁判を経ていない数個の犯罪の間に禁錮以上の刑に処した確定裁判が介在している場合には、その確定裁判に係る犯罪とその前に行われた犯罪についても併合罪（事後的併合罪）として扱われ、追加的な処罰がなされるだけである。従って、数個の犯罪に対して数回の処罰がなされる単純数罪というのは、確定裁判の前に行われた犯罪とその後に行われた犯罪のことである。本件の事案では、検察官の主張に即していえば、覚せい剤の使用と覚せい剤の所持が単純数罪にあたる。

本件の事案において、Xは覚せい剤の使用の行為を1回、そして覚せい剤の所持の行為を1回行い、それぞれについて個別の犯罪が成立していることは明らかであるが、判決が認定したように、覚せい剤の使用が確定裁判の後に行われていたとしても、2つの犯罪が併合罪の関係に立つと認定した理由については明らかではない。また、検察官は覚せい剤の使用時期を確定裁判の前であると主張したが、その罪と覚せい剤の所持との罪数関係については全く言及しておらず、覚せい剤の使用をその所持から区別して、確定裁判に係る罪と併合罪の関係に立つと認定した理由も明らかにはされていない。つまり、覚せい剤の使用と所持が罪数上どのような関係に立つのかについて、判決は詳細に論ずることなく、併合罪の関係に立つことを前提にしており、検察官は2つの犯罪を確定裁判を境に分割することができることを自明の前提にして、覚せい剤の使用を確定裁判に係る罪の事後的併合罪として扱っているのである。覚せい剤取締法は、「覚せい剤の濫用による保健衛生上の危害を防止するため、覚せい剤及び覚せい剤原料の輸入、輸出、所持、製造、譲渡、譲受及び使用に関して必要な取締を行うこと」を目的とし、公共的な保健衛生という社会的法益の危殆化を予防するために、覚せい剤および覚せい剤原料の所持や使用などの行為を処罰している。覚せい剤取締法のこのような目的に鑑みれば、覚せい剤の使用と所持は行為態様だけでなく、成立する罪名も異なるが、同一の法益を危殆化しているといえることができる。また、本件の事案において、Xは「平成21年9月上旬から27日までの間、東京都内、神奈川県内又はその周

辺において……覚せい剤を使用し」、また「同月27日、東京都a区のZ医療センター玄関付近において、覚せい剤……を所持した」と認定されているように、その2つの行為が行われた日時や場所、その機会などの点において、全く別々に行われたというよりは、むしろ密接な関係において行われたといえることができる。このように考えるならば、2つの行為は判決が認定したような併合罪ではなく、また検察官が主張したような分割可能な2つの犯罪でもなく、包括一罪の関係にあると認定するのが事実在即しているように思われる。

#### (4) 確定裁判を境にして行われた包括一罪の分割可能性

本件の事案においてXが行った覚せい剤の使用とその所持の2つの罪が包括一罪の関係に立つと仮定し、覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われ、覚せい剤の所持がその後に行われた想定したうえで、この包括一罪を確定裁判を境にして分割し、覚せい剤使用の罪を確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係にあると認定することができるか。また、分割できない場合、この包括一罪と確定裁判に係る罪は罪数上どのような関係に立つのか。この問題を考えてみたい。

数個の行為が行われても、それが継続犯、牽連犯、常習犯のように、一体的に扱われ、「処罰の1回性」の原則が適用される犯罪について、数個の行為の間に確定裁判が介在した場合、その確定裁判を境にして、それらの一体的な行為を前後に分割することができるか否かをめぐって、判例では一定の判断が示されている。例えば、継続犯である刀剣類所持の罪について、「刀剣不法所持の犯罪は、いわゆる継続犯として1罪であり、不法所持の継続の終了の時を犯罪終了時と解すべきであるから、不法所持の継続中に他の罪につき確定裁判があっても、その罪と刑法第45条後段の併合罪となるものではない」<sup>5)</sup>という判断に基づいて、継続犯の分割可能性が否定されている。ただし、学説のなかには、ある罪が確定裁判を経るまでは、その罪とそれまでの継続犯の罪とは同時に審判を受ける可能性があっ

たことを理由に、確定裁判を境に分割して、確定裁判の前に行われた行為に刑法45条後段を適用して事後的併合罪の関係に立つ論ずるものもある<sup>6)</sup>。

また、牽連犯に関しては、「牽連犯を構成する手段となる犯罪と結果となる犯罪とは、本来数罪として広義の併合罪に包含されるが、科刑上の1罪として罪数上は本来の1罪と同様に取り扱われ、刑法45条の適用については数罪ではなく1罪であると解することに文理上の支障はない。そして、牽連犯はその数罪間に罪責上通例その一方が他方の手段または結果となる関係があり、しかも具体的にも犯人がかかる関係においてその数罪を実行した場合に科刑上とくに1罪として取り扱うこととしたのであるから、牽連犯を構成する手段となる犯罪と結果となる犯罪との中間に別罪の確定裁判が介在する場合においても、なお刑法54条の適用があると解するのが相当である<sup>7)</sup>」という判断に基づいて、継続犯と同様に牽連犯の分割可能性が否定されている。ただし、学説のなかには分割可能性を肯定し、確定裁判によって牽連犯の関係が遮断されて、別々に審判することができる論じて、確定裁判の前に行われた罪に対して刑法45条後段の適用を認める見解<sup>8)</sup>、また分割可能性を否定しながら、牽連犯を構成する行為のうち、確定裁判前の行為が重い罪であるときは、その全体を刑法45条後段の併合罪とし、確定裁判後の行為が重い罪であるときは、その全体を確定裁判後の牽連犯として処断し、両者の法定刑が同一である場合には、具体的な情状によって判断すべきと論ずる見解もある<sup>9)</sup>。

さらに常習犯に関しては、常習窃盗罪の事案に関して、「原判決は、数個の窃盗行為が常習としてなされた場合には、その全部は包括して1個の常習犯をなすものであり、その1個の常習犯の中間に別種の罪の確定裁判が介在しても、そのためにその常習犯が2個の常習犯に分割されるものではないと解すべきであり、そして右の場合の1個の常習犯が別種の確定裁判後の終了したのであるから、その終了時を基準として刑法45条の適用については、その常習犯は別種の裁判確定後の犯罪と解するのが相当である<sup>10)</sup>」と判断したものがある。これによれば、常習犯の間に別の種類の犯

罪の確定裁判が介在しても常習犯は分割されず、しかも常習犯の終了時期はその全体の終了時点であるので、常習犯が全体として確定裁判の後に終了している場合には、その常習犯は確定裁判後の犯罪であり、確定裁判に係る罪とは罪数上無関係であることになる。

このように判例が継続犯、牽連犯、常習犯を確定裁判を境にして分割することを否定し、刑法45条後段の適用を否定するのは、それらの犯罪が事実に・自然的な1個性ないし法的・科刑的な1罪性を備え、それゆえに分割できないと解しているからであると思われる。継続犯はその開始から終了まで継続して行われる1個の行為であり、牽連犯は本来的に数罪であっても、科刑上は1罪として扱われる。常習犯の場合に関しても、数個の行為が行われ、法益が数回侵害されていても、刑罰法規において数個の行為の反復が予定され、その構成要件の評価も1回しかなされないため、成立する犯罪は1個でしかない。判例は、このような行為の1個性ないし1罪性という特質を鑑みて、それらの犯罪の確定裁判の前後における分割可能性を否定しているものと思われる<sup>11)</sup>。このような判例の動向を踏まえるならば、本件の事案においてXが行った覚せい剤の使用とその所持の2つの罪が包括一罪の関係に立つと仮定し、覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われたと想定した場合、この包括一罪を確定裁判を境にして分割することもできないことになろう。

しかし、たとえ包括一罪の分割可能性が否定されたとしても、それと確定裁判に係る罪との罪数関係の問題は残る。包括一罪に分割可能性がないことが、ただちにそれに刑法45条後段の適用を否定する理由にはならず、なおもそれに刑法45条後段を適用して、確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つと解する余地もあるように思われるからである。継続犯や常習犯については、確定裁判の前後において犯罪の性質は同一であり、また終了時期はその全体が終了した時点になるため、刑法45条後段を適用して、事後的併合罪の関係を認めるのは困難であるかもしれないが、牽連犯の場合については、それを構成する行為の罪質は異なり、その法定刑にも軽重

がありうるため、確定裁判の前に行われた行為の法定刑がその後に行われた行為の法定刑よりも重い場合には、あるいは両罪の法定刑が同一であっても確定裁判の前に行われた行為の犯情の方が重い場合には、その罪を基準にして、刑法45条後段を適用して事後的併合罪の関係に立つと解しうる余地がある<sup>12)</sup>。このように考えると、Xが行った覚せい剤使用罪とその所持罪が包括一罪を構成すると仮定し、覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われたと想定した場合、覚せい剤使用罪とその所持罪の法定刑は同一であっても、各々の行為の具体的な犯情を比較して、覚せい剤の使用の方が重大であると認定できる場合には、その罪を基準にして、確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つと解しうる余地もあるのではないだろうか。Xは、平成21年9月10日に覚せい剤取締法違反の罪で東京地裁で懲役2年（4年間の執行猶予）に処せられ、控訴することなく、その裁判は同月25日に確定しているが、そのような時期に覚せい剤を使用したことは、Yを見舞いに訪ねるのに先立って覚せい剤を購入し所持したことと比べると、やはり犯情は重大であると思われる。そうすると、包括一罪を構成する行為のうち、確定裁判前に行われていた覚せい剤の使用の方が犯情が重いことを理由に、その全体が確定裁判に係る罪と事後的併合罪の関係に立つと認定しうる余地もあるのではないだろうか。

#### 四 今後の課題

小論では、刑法45条に関する解釈論上の問題として、確定裁判を経た罪とその前後に行われた罪の罪数関係に関して、東京地方裁判所平成22年1月28日刑事第5部判決を素材にして考察を加えた。

本判決は、被告人が行った覚せい剤の使用と所持のうち、使用時期を特定できなかったため、被告人に有利になるよう、それが確定裁判後に行われ、かつ覚せい剤の所持と併合罪の関係に立つものと認定した。そのため、確定裁判に係る犯罪との間で事後的併合罪の関係は問題にはなりえなかつ

た。しかし、検察官もまた被告人に有利になるよう配慮した結果、覚せい剤の使用時期を確定裁判の前と認定して、確定裁判に係る犯罪の事後的併合罪として処罰し、覚せい剤の所持はそれとは別に処罰すべきと主張した。判決が認定したように、覚せい剤の使用が確定裁判の後に行われたとしたうえで、それを確定裁判に係る犯罪とは無関係に、かつ覚せい剤の所持と同時的併合罪として処罰した方が被告人の利益になるのか。それとも検察官が主張したように、覚せい剤の使用が確定裁判の前に行われたとしたうえで、それを確定裁判に係る犯罪と併合罪の関係にあるとして追加的に処罰し、それとは別に所持を処罰した方が被告人の利益になるのか。この点について十分な検討ができなかったので、今後の課題にせざるをえない。ただし、私見によれば、覚せい剤の使用と所持は、判決が前提にしているような併合罪ではなく、包括一罪であると思われる。そうであるならば、刑法47条を適用して加重処罰したのは被告人に有利にはならず、妥当であるとはいえない。

また、覚せい剤の使用と所持が包括一罪の関係にあると仮定して、さらに使用の時期が検察官が主張したように確定裁判の前であった場合を想定して検討を加えた。かりに小論において展開された議論にも一理あるならば、本件の事案において検察官が行ったXの覚せい剤の使用時期に関する認定は、それと覚せい剤の所持とを包括一罪として捉えた場合に被告人に有利になるものであったといえるのではないだろうか。ただし、その仮説の当否についても十分な検証が尽くされていないので、今後の課題にせざるをえない。

- 1) 東京地判平 22・1・28 判タ1334号258頁。
- 2) 刑事訴訟法256条3項は、「公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事實を特定してこれをしなければならない」と定めているが、それは訴因の明示は単に罪となるべき事實を挙げればよいというのではなく、罪が行われた日時と場所、罪が行われた方法を示して「できる限り」特定しなければならないという主旨である。最決昭 56・4・25 刑集35巻3号116頁は、覚せい剤使用の罪が行われた日時を「昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間」、その場所を、「広島県T郡Y町内及びその周辺」、その使用量、使用方法を

確定裁判を経た罪とその前後に行われた罪との罪数関係について（本田）

「若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し」と記載した公訴事実の特定について、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定したものである以上、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないと判断している。

- 3) 団藤重光『刑法綱要（総論）』（1990年）423頁、大塚 仁『刑法概説（総論）』（2008年）445頁参照。
- 4) 札幌高判昭 29・11・11 高刑集 7 卷10号1582頁、東京高判平 4・2・18 判タ797号268頁。
- 5) 最三決昭 35・2・9 刑集14卷 1 号82頁。
- 6) 中野次雄「併合罪」日本刑法学会編『刑事法講座第 7 卷補巻』（1953年）1383頁は、「本来ならば 1 罪であるべき継続した行為（常習犯・継続犯等）の中途において他の罪による確定裁判があった場合、その前後の行為は別罪を構成するであろうか」という問題に対して、「そもそもこれらの行為も審判可能な限度で 1 罪と解されるのであるから、この場合は中断されて 2 罪をなすと解するのが正しい（同旨、牧野・刑法総論452頁）」と論ずるが、同時審判の可能性のない確定裁判後の行為がどのように扱われるかについては明らかではない。
- 7) 最大判昭 44・6・18 刑集23卷 7 卷950頁。B 罪についての確定裁判をはさんで A 罪と C 罪が行われ、両罪に刑法54条を適用して、牽連犯として扱うことが相当であるとしても、それに対してどのような刑を科すかにあたっては、両罪の法定刑を比較し、重い罪の刑を選定しなければならないのであるから、選定された重い罪が確定裁判に係る B 罪の前に行われた A 罪である場合には、牽連犯としての A 罪と C 罪が分割可能でないからといって、それと B 罪との罪数関係が問題にならなくなるわけではない。
- 8) 団藤重光編（高田卓爾）『注釈刑法第 2 卷の 総則（3）』（1969年）589頁参照。牽連犯は、数個の行為によって数個の法益が侵害され、数個の犯罪が成立しているが、それらが手段と目的の關係に立っている場合であり、ある目的を達成するために行った行為が一般に用いられる手段にあたる場合には、手段と目的の間にある客観的な關係を根拠に牽連性を認めることができる。このような客観的な關係を重視する立場からは牽連犯の分割可能性が否定されるが、行為者の主観を重視し、目的に対する手段行為の主観的な位置づけによって目的・手段關係を認定する立場からは、行為者主観の内容如何によって分割可能性が認められる余地がある。
- 9) 正田満三郎『責任と処罰の連鎖』（1968年）61頁参照。
- 10) 最二決昭 39・7・9 刑集18卷 6 号375頁。
- 11) 大塚 仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編（中山善房）『大コンメンタール刑法第 4 卷』（2001年）246頁参照。
- 12) 大塚・総論445頁以下は、「継続犯・集合犯・包括的一罪の犯されている途中で、別罪について、禁錮以上の刑に処する裁判が確定した場合には、それらの罪は、いずれも本来の一罪であって、一体として捉えられるべきものであるから、その成立は犯罪の終了時を規準として論ぜられるべきものであるから、45条の後段の適用はないものと解すべきである」という。確かに、継続犯・牽連犯・常習犯・包括一罪について一体的に扱うことができるが、一体的に扱うことができる理由は、継続犯・常習犯の場合と牽連犯・包括一罪の

場合とで内容が異なる。継続犯・常習犯を一体的に扱うことができるのは、その行為に1個的な性質があるからであるのに対して、牽連犯・包括一罪は複数の行為で構成されていても、科刑上の一罪性が認められるからである。牽連犯の場合、それを構成する行為のうち重い罪の法定刑で処断されるのであるから、その行為が確定裁判の前に行われていた場合には、その裁判に係る罪と刑法45条後段の併合罪の関係にあると論ずる余地は残されており、それは包括一罪の場合の場合も同様であると思われる。